

Paolo Ridola

Dallo stato di diritto allo stato costituzionale

SOMMARIO: 1. Lo stato di diritto in prospettiva storico-comparativa – 2. La versione inglese: *Rule of law* – 3. La versione francese: *État de droit* – 4. La variante tedesca: *Rechtsstaat* – 5. Dallo stato di diritto allo stato costituzionale – 6. Il superamento del legalismo nel costituzionalismo.

1. *Lo stato di diritto in prospettiva storico-comparativa*

L'espressione "stato di diritto" racchiude esperienze e offre varianti storico-comparatistiche molto differenti. Sebbene se ne rinvenivano origini remote nell'antichità e nel Medioevo, è nell'età moderna che si afferma compiutamente, dapprima in Inghilterra e poi nell'Europa continentale, l'idea che colloca l'individuo al centro dell'organizzazione sociale e lo concepisce come soggetto e finalità basilare del diritto, facendo sorgere, allo stesso tempo, un complesso di strumenti di garanzia nei confronti dell'arbitrio del potere sovrano. Proprio per la latitudine e la varietà delle esperienze storiche che sintetizza, l'idea dello stato di diritto ha espresso una filosofia generale del potere ed un complesso di strumenti giuridici di limitazione del potere, rivelandosi come un concetto estremamente plastico ed attrattivo, capace di adattarsi ad una molteplicità di contesti.¹ In estrema sintesi, esso si fonda sull'assunto che la libertà individuale ponga in primo piano esigenze di sicurezza e di giustizia che solo il primato del diritto può assicurare. A questo assunto si connette strettamente il corollario fondamentale del "dominio del diritto", al quale è affidato il compito di imporre moderazione nell'esercizio del potere ed equilibrio tra gli organi che sono chiamati ad esercitarlo. Nella tradizione giuridica occidentale, centralità della persona ed "etica del giudizio" sono i pilastri fondamentali che guidano il travagliato itinerario storico che ha condotto ad assicurare il primato della *iurisdictio* sul potere politico.²

¹ Così C. GREWE- H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris 1995, 22 ss.

² Cfr. H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna

2. *La versione inglese: Rule of law*

La versione inglese dello stato di diritto è la *rule of law*. Sebbene essa abbia trovato formulazioni già in età medievale, la *rule of law* si afferma nel XVII secolo, durante la ribellione contro le tendenze assolutistiche dei sovrani, e quindi come strumento per limitare la sfera della prerogativa regia. La soggezione del sovrano al diritto fu dapprima rivendicata e fatta valere dai giudici di *common law* e successivamente, dopo la gloriosa rivoluzione del 1688, trovò definitiva consacrazione nel principio che gli atti del potere esecutivo devono trovare fondamento nell'autorità del parlamento. L'originario radicamento della *rule of law* nella risalente tradizione del *common law* non scompare con la piena affermazione della *sovereignty of Parliament*, e la sua storia si incentra sull'espansione progressiva del controllo giurisdizionale sugli atti di prerogativa regia.³ Nella cornice della formazione giurisprudenziale del *common law*, pertanto, dominio del diritto e sindacato sulla arbitrarietà degli atti dell'esecutivo vengono progressivamente a coincidere, e la tensione tra *common law* a formazione giurisprudenziale e *sovereignty of Parliament* si risolve, da Dicey in poi (e dunque dall'inizio del XX secolo), nel senso che il dominio del diritto non può che essere determinato dal parlamento, ma anche nel senso che, allo stesso tempo, la stessa sovranità parlamentare deve esercitarsi nel rispetto di un minimo di istanze di giustizia materiale, oltre che formale. Divieto di una legislazione discriminatoria e previsione di un robusto impianto di garanzie giudiziarie sono i pilastri della *rule of law*, consentendo ad essa di operare come strumento fondamentale di protezione dei diritti.⁴ Nel panorama delle varianti dell'idea dello stato di diritto, la *rule of law* riflette pertanto la peculiarità dello spirito giuridico inglese. Di qui le difficoltà della comprensione di essa da parte del giurista di formazione continentale, che può restare sorpreso dall'assenza del riferimento allo stato (o a un soggetto depositario del potere sovrano) nella sua formulazione, e ha incontrato difficoltà nella sua stessa traduzione, come “regola di diritto” o come “dominio del diritto”. Difficoltà che possono sciogliersi, prendendo coscienza che il significato della *rule of law* (ed il suo distacco dalle varianti continentali) sono inseparabili dall'“apologia del giudice” nella teoria classica del *common law*, che ha costruito la supremazia del diritto su

2011, 221 ss., 377 ss.

³ Cfr. J.R. TANNER, *English Constitutional Conflicts of the Seventeenth Century. 1603-1689*, Cambridge 1971; N. MATTEUCCI (a cura di), *I costituzionalisti inglesi*, Bologna 1962

⁴ Cfr. in sintesi T. BINGHAM, *The Rule of Law*, London 2011

un diritto intrinsecamente ragionevole, radicato nella coscienza sociale e soggetto ai mutamenti lenti e gradualmente della storia.⁵ La prerogativa regia incontra pertanto i propri limiti nello *statute law* di origine parlamentare e, a monte, nel *common law*, che si svolge dal ruolo del giudice come guardiano esclusivo della “ragione artificiale” del diritto. Apologia del giudice ed apologia del parlamento, che accompagnano l’evoluzione secolare della storia costituzionale inglese, danno vita ad un “regime misto”, che pone in primo piano, nel significato della *rule of law*, “la garanzia della giustizia delle leggi adottate dal parlamento”.

Con Bentham e Austin questa concezione della *rule of law* subirà una torsione giuspositivistica, destinata a maggior fortuna nella migrazione di essa aldilà dell’Atlantico, nel Nord America, tendendo a spostarne il *focus* dalla sfera dell’ *is* a quella dell’ *ought*.⁶ Questo spostamento, che conferisce alla *rule of law* una differente direzione di senso, dall’equazione diritto/libertà/*common law*/giudice (Coke) a quella diritto/sanzione/giudice (Austin), non altera peraltro il sostrato liberale della *rule of law*, che, secondo la celebre definizione di Dicey, si risolve nella “garanzia accordata ai diritti individuali sotto l’impero della costituzione inglese”, i cui principi generali sono “il risultato di decisioni giudiziarie che determinano i diritti delle persone, che ne sono state private nei casi nei quali esse adiscono le giurisdizioni”.⁷ Secondo la ricostruzione di Dicey, in questo quadro si inserisce la *rule of law*, che fa perno sulle risorse dell’esistenza di un giudice per affermare la superiorità del *common law* e che rinviene il diritto in “*any rule which will be enforced by the Courts*”. Rispetto alla *sovereignty of Parliament*, pertanto, la supremazia del *common law* opera in una duplice direzione, come garanzia degli atti legislativi adottati dal parlamento presidiata dalla sanzionabilità da parte dei giudici (“*where there is no legal remedy, there is no legal wrong*”). Per questa via, il rapporto tra il parlamento e i giudici rinviene proprio nel *common law* il necessario punto di equilibrio. Spetta al giudice –osserva Dicey– sanzionare il rispetto delle leggi, con l’occhio sempre rivolto, peraltro, al fondamento di questo vincolo sanzionabile sul terreno giuridico in un obbligo di natura etica, ciò che può consentire altresì al giudice di mettere da parte quelle norme che, prive di questo radicamento etico nel *common law*, restano perciò stesso prive dell’attributo della sovranità. La sovranità –conclude Dicey– è certamente un “fatto giuridico”, ma proprio perché essa non può essere concettualizzata in termini astratti, resta sempre

⁵ Cfr. ampiamente L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris 2002, 165 ss.

⁶ Si v. ancora L. HEUSCHLING, op. cit., 213 ss.

⁷ Così A. V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, ediz. ital. a cura di A. TORRE, Bologna 2003, 153 ss.

soggetta ai limiti politici ed etici che sono ad essa sottostanti. Supremazia del *common law* e *sovereignty of Parliament* non si misurano su gerarchie astratte, ma su dinamiche delle quali i giudici sono attori essenziali, chiamati a presidiare, attraverso la tradizione di *common law*, un pilastro fondamentale del moderno costituzionalismo, che concepisce il parlamento come un *body* al servizio della comunità politica. La fase più recente dell'evoluzione della *rule of law* è caratterizzata da un legame più stretto con la protezione dei diritti umani. L'influenza sul sistema giuridico inglese dell'adesione del Regno Unito alla Cedu, l'adozione dello *Human Rights Act* nel 1998, le ripercussioni del costituzionalismo "cooperativo" dei diritti possono aver cooperato a questi sviluppi. A partire dagli anni ottanta del XX secolo, l'interpretazione della *rule of law* è stata investita dalla corrente del "*liberal normativism*", che ha tentato di liberarla dall'ombra soffocante della sovranità.⁸ Anche questa fase di sviluppo della *rule of law* si è accompagnata, in una linea di continuità con la tradizione, alla rivendicazione di un controllo più penetrante del giudice, ma con una più marcata insistenza sul carattere materiale del principio, che riconduce ad "uno *standard* al quale la legge deve conformarsi"⁹, *standard* necessario al fine di prevedere, con un certo grado di certezza, "come l'autorità pubblica userà dei suoi poteri" e di consentire ad ogni individuo di "pianificare i propri affari sulla base di tale conoscenza".¹⁰ Materializzazione e giurisdizionalizzazione della *rule of law* si manifestano su due piani concorrenti, il rafforzamento del controllo giurisdizionale sull'amministrazione e, a livello costituzionale, la contestazione più decisa della sovranità del Parlamento di Westminster. Quel che caratterizza questa evoluzione della *rule of law* è ancora, pertanto, il principio che pone al centro di essa l'appello ad un giudice, in quanto il dominio del diritto esige che le questioni di diritto siano risolte dai tribunali, ma con una decisa torsione in senso materiale. Stretta, nella sua storia secolare, la *rule of law* tra apologia del giudice e apologia della sovranità parlamentare, essa sembra trovare ora, in questa fase del suo lungo percorso, un punto di equilibrio e di forza nel fondamento di un "*common law constitutionalism*".

⁸ Si v. M. LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford 2010, 312 ss.

⁹ Cfr. P.P. CRAIG, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law*, in *Public Law* 1997, 467 ss.

¹⁰ Così F.A. HAYEK, *La società libera*, Firenze 1969, 190 ss.

3. *La versione francese: État de droit*

La versione francese dell' *État de droit* giungerà alla sua elaborazione dogmatica dalla fine del XIX secolo grazie all'apporto dei grandi giuristi della III Repubblica (Carrè de Malberg, Duguit, Esmein, Hauriou), sotto l'influsso, manifestatosi con accentuazioni differenti, delle coeve elaborazioni della dottrina tedesca.¹¹ La concezione francese dello stato di diritto, peraltro, presenta peculiarità, che riportano alle idee costituzionali affermatesi durante la Rivoluzione ed alle contraddizioni che esse racchiudevano: l'affermazione della primazia dei diritti dell'uomo e della divisione dei poteri, da un lato; una fiducia incrollabile nella infallibilità della legge e nel mito della *volonté générale*, ed una profonda sfiducia nel ruolo del giudice, dall'altro. Questo spiega perché, anche quando durante la III Repubblica si affermerà il principio di legalità e l'impianto del diritto amministrativo francese avrà larga diffusione in Europa, l'elaborazione dell' *État de droit* non conoscerà, fino al preambolo della Costituzione del 1946 e soprattutto fino al 1971, con la svolta del *bloc de constitutionnalité*, la preminenza dei diritti fondamentali né la supremazia della costituzione. E tuttavia occorre riconoscere che idee elaborate dal liberalismo costituzionale francese, il modello di una società migliore costruita a misura dell'individuo ed un assetto politico-giuridico funzionale alla preservazione di essa, sono state la principale fonte di ispirazione, se non la "infrastruttura concettuale"¹² dello stato di diritto. L'idea francese dell' *État de droit* ha in queste scaturigini un fondamento antropologico, sempre insidiato peraltro dal culto della legge, che si rivelò, allo stesso tempo, baluardo contro lo spettro del dispotismo e l'arbitrio, per effetto del dogma della generalità e dell'astrattezza e della riduzione del giudice a *bouche de la loi*, e peraltro strumento della risoluzione dello stato di diritto nel regime *parlamentarisme absolu*. Preminenza del potere legislativo, innalzato a guardiano esclusivo della costituzione e a garante dei diritti individuali, e la limitazione dei poteri del giudice, chiuso nello stretto quadro della legalità e chiamato ad applicare la legge secondo un ragionamento sillogistico, compongono un impianto coeso, nel quale trovarono posto coerentemente il rifiuto della figura del "giudice interprete" e quello del controllo di costituzionalità della legge.¹³

Con questo ingombrante bagaglio ideologico alle spalle, i giuristi della III Repubblica avrebbero intrapreso un'opera imponente di concettualizzazione

¹¹ Si v. ampiamente L. HEUSCHLING, *op. cit.*, 375 ss.

¹² Così C. GREWE- H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, 27.

¹³ Si v. L. HEUSCHLING, *op. cit.*, 323 ss.

dello stato di diritto, che, pur nelle diverse posizioni dottrinali, lascia sullo sfondo il legame tra legalità e diritti. La subordinazione dello stato al diritto oggettivo è, secondo Duguit, il perno dello stato di diritto. In questa formula si agglutinano il fatto materiale che trae origine da una *solidarité sociale*, anteriore ed esteriore rispetto alla “*construction juridique de l'état*”, e l'ordinamento oggettivo che ne perimetra la legittimità e ne delimita i poteri. Il legame tra “fatto materiale” e “costruzione giuridica” dello stato è molto stretto, in coerenza con l'approccio realista di Duguit, e si muove sul piano della legittimità piuttosto che su quello della legalità. L'*État de droit* ha il suo fondamento più profondo nell'obbligo all'*obéissance au droit*, che ha una base morale e comunitaria molto forte. Nell'*état de droit*, in definitiva, il vincolo del giudice e dell'amministrazione alla legge poggia su una concezione dello stato che, in quanto traspone il fatto materiale della dimensione sociale in una realtà giuridicamente fondata, non può esso stesso fare leggi “*contraires au droit*” ed è peraltro “*obligé par le droit de faire certaines lois*”.¹⁴

La concettualizzazione proposta da Raymond Carré de Malberg è molto elaborata dal punto di vista dogmatico e più influenzata dalla dottrina jellinekiana dell'autolimitazione dello stato, ma anch'essa si muove lungo il crinale della irrelatezza tra legalità e diritti. L'*État de droit*, nell'accezione di Carré, si è lasciato alle spalle l'*État de police*, nel quale “l'autorità amministrativa può, in modo discrezionale e con una libertà di decisione più o meno completa, applicare ai cittadini tutte le misure di cui essa giudichi utile prendere l'iniziativa, in vista di far fronte alle circostanze e di attendere in ogni momento ai fini che essa si prefigge”. Da questo concetto, ritenuto sinonimo di un *État despotique*, Carré tiene distinto l'*État de droit*, che egli identifica con “quello che, nei suoi rapporti con i soggetti privati e per la garanzia del loro *status* individuale, si sottomette esso stesso ad un regime di diritto”, e comprende sia le regole che “determinano i diritti dei cittadini” che quelle che “fissano previamente le vie ed i mezzi che possono essere impiegati per realizzare i fini statali”. Ed aggiunge che, in forza dei principi dello stato di diritto, l'autorità amministrativa può usare nei confronti degli amministrati solo “i mezzi autorizzati dall'ordinamento vigente ed in particolare dalle leggi”, e per converso agli amministrati è assicurato, per sanzionare l'osservanza delle leggi, “un potere giuridico di agire dinanzi ad un'autorità giurisdizionale al fine di ottener l'annullamento, la riforma o in ogni caso la non applicazione degli atti amministrativi dai quali sono lesi”. Come ho accennato, questa concettualizzazione dello stato di diritto risente l'influenza delle elaborazioni della coeva dottrina tedesca (Laband,

¹⁴ Cfr. L. DUGUIT, *L'état, le droit objectif et la loi positive*, Paris 1901

Mayer, Jellinek), ma con un'appendice importante, e non priva di qualche ambiguità di significato, che affianca al concetto dello stato di diritto quello dell' *État legal*, lo stato –aggiunge Carré– “nel quale ogni atto del potere amministrativo presuppone una legge alla quale esso si riconnette e della quale deve essere assicurata l'esecuzione”. Precisazione ambigua, giudicata da alcuni commentatori come un arretramento verso l' *État de police*, in quanto l' *État legal* si muove sul terreno stretto del diritto amministrativo. E tuttavia, mentre lo stato di diritto “è stabilito semplicemente e unicamente nell'interesse e per la salvaguardia dei cittadini”, il regime dell' *État legal* è orientato in un'altra direzione, in quanto si riallaccia “ad una concezione politica che conduce all'organizzazione fondamentale dei poteri”. Si coglie qui un passaggio importante, destinato a sviluppi nel dibattito dottrinale francese. Nella concettualizzazione dell' *État legal* prevale, secondo Carré, un profilo formale, che si riallaccia alla superiorità, derivante dall'investitura del corpo elettorale, del corpo legislativo. Di qui la “dicotomia” tra questo, nel quale “si incarna” il principio democratico, e lo stato di diritto, che rinvia invece al profilo sostanziale, che attiene alla protezione dei diritti individuali attraverso il ruolo dei giudici, “guardiani inflessibili” di esso. In breve, se occorre pronunciarsi sui diritti dell'individuo, soccorre necessariamente la via giurisdizionale, “con esclusione di ogni altro meccanismo, politico, di protezione dei diritti”.¹⁵

Come è stato rilevato nel dibattito successivo¹⁶, l'ambiguità della distinzione tra *État legal* e *État de droit* racchiudeva un'intuizione destinata a fare strada in Francia. Lo stato legale, in quanto radicato nell'organizzazione dei poteri, non implica di per sé un vincolo del legislatore ad “un principio di rispetto del diritto individuale che si imponga ad esso in modo assoluto”. Al contrario, lo stato di diritto non può che “implicare logicamente” –con un importante avanzamento rispetto al tardo liberalismo giuridico della III Repubblica– che “la costituzione determini con la sua supremazia e garantisca ai cittadini quei diritti individuali che devono restare collocati *al di sopra* degli attentati del legislatore”.¹⁷ Era tracciata una strada anticipatrice, la via francese alla transizione dallo stato di diritto allo stato costituzionale, che bisognerà attendere gli anni settanta del secolo scorso per vederne il compimento attraverso il ricorso al *bloc de constitutionnalité* nella giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*. In una storica decisione

¹⁵ Si v. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution a la théorie générale de l'état*, I, Paris 1920, 285 ss., 382 ss.

¹⁶ Si v. M. TROPER, *Le concept de l'état de droit*, in *Droits*, 1992, 51 ss.; L. FAVOREU, *De la démocratie a l'état de droit*, in *Le débat*, 1991, 58 ss.

¹⁷ Si v. L. FAVOREU, *La constitution et son juge*, Paris 2014, 13 ss.

del 1971 in tema di libertà di associazione, il *Conseil* traccia il perimetro del principio di costituzionalità, attraverso la individuazione di un blocco normativo, assai eterogeneo sia sotto il profilo dell'origine storica che sotto quello dei contenuti, e comprensivo della Dichiarazione del 1789, del preambolo alla Costituzione del 1946, della Costituzione del 1958 e di "principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica", retaggio anch'essi di un'identità repubblicana radicata nella storia costituzionale francese. Il *Conseil* ha chiarito, nella sua giurisprudenza, che la Costituzione del 1958 riveste, tra i quattro elementi del *bloc de constitutionnalité*, un rilievo centrale, ma ne ha anche ribadito con forza l'unità complessiva. Le potenzialità di questo possono essere dispiegate solo attraverso uno sforzo interpretativo di *homogénéisation* dei contenuti di esso che, in quanto risalenti ad epoche diverse della storia francese e espressivi di ispirazioni differenti, sarebbero suscettibili di produrre "*antinomies constitutionnelles*" praticamente insuperabili (si pensi, solo per fare un esempio, alla sacralità della proprietà nella Dichiarazione del 1789 e ai limiti sociali dell'economia privata nel Preambolo del 1946), ove non armonizzati in via interpretativa attraverso un contemperamento guidato dal forza espansiva e dalla centralità del principio repubblicano nella Costituzione del 1958.

4. *La variante tedesca: Rechtsstaat*

La terza variante dello stato di diritto, il *Rechtsstaat* di derivazione tedesca, è storicamente meno risalente, ma ha prodotto le elaborazioni dogmatiche che hanno influenzato più profondamente le categorie del diritto pubblico europeo.¹⁸ Sebbene l'idea del *Rechtsstaat* affondi radici più remote nelle esperienze del dispotismo illuminato nella seconda metà del XVIII secolo, la sua sistemazione teorica accompagna la storia costituzionale tedesca del *Vormärz*, che precede le rivoluzioni del biennio 1848-49, manifestandosi in questo frangente storico soprattutto sul piano filosofico-giuridico, e poi, soprattutto, quella della fondazione dello *Staatsrecht* della Costituzione del *Reich* del 1871, al termine del faticoso processo di unificazione, dal quale la ricostruzione dogmatica del *Rechtsstaat* prese le mosse. Sarebbe parziale, tuttavia, arrestarsi ad una rappresentazione delle categorie dogmatiche elaborate dalla letteratura tedesca nella seconda metà del XIX secolo, trascurando che il *Rechtsstaat* è uno dei problemi fondamentali della

¹⁸ Si v. O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris 2005

storia costituzionale tedesca, il quale rinvia a snodi di questa di lungo periodo, in particolare alle tensioni tra statualismo e organicismo, tra stato autoritario (*Obrigkeitsstaat*) e principio consociativo, tra il principio monarchico e il principio rappresentativo nel *deutscher Konstitutionalismus*.¹⁹ E' emblematica di questa contraddizione la polarizzazione tra concezione formale e concezione sostanziale dello stato di diritto. Meno evidente nelle prime teorizzazioni di questo, di ispirazione più marcatamente liberale, come in quella del Mohl, che poneva l'accento su uno stato limitato dall'autodeterminazione dell'individuo, il solco tra le due concezioni si sarebbe approfondito in quelle successive.²⁰ Ha osservato Konrad Hesse che tutta la storia costituzionale tedesca è attraversata dalla tensione tra *Rechtsstaat* e "forma politica", dal dilemma tra neutralità *formale* del primo rispetto e contenuti *materiali* della decisione politica, dalla difficoltà di coniugare aspetti formali ed aspetti materiali dello stato di diritto, una difficoltà sconosciuta alla tradizione della *rule of law*, che ha istituito un legame indissolubile tra libertà individuale e libertà politica.²¹ Nel 1910, in tempi non lontani dal crollo del *wilhelminisches Reich*, Richard Thoma, giurista di solida formazione liberale, tracciava, nella ricostruzione della parabola dello stato di diritto, il bilancio di un passato non risalente, che ne aveva fatto lo strumento di un irrocervo liberale-autoritario, e ne delineava il tracciato di una compiuta evoluzione in direzione liberale, attraverso un approccio storico-critico alla dogmatica del *Rechtsstaat*. Prendendo le distanze dalle scuole della pandettistica, Thoma poneva con vigore, come propria della scienza giuridica, l'esigenza della comprensione delle trasformazioni del diritto e della evoluzione critica di esso, un compito al quale la scienza stessa avrebbe dovuto attendere nella consapevolezza di porsi come scienza culturale (*Kulturwissenschaft*) e come scienza storica (*Geschichtswissenschaft*). Seguendo questa indicazione di metodo, Thoma inquadra il rapporto tra stato di diritto e scienza del diritto amministrativo in coordinate molto estese, osservando che la legalità dell'azione amministrativa è il fondamento dello stato di diritto, ma non il compimento dell'ideale che lo sostiene, il quale rinvia anzitutto, come suggerito da von Stein, Gneist e Rosin, all'assetto dei rapporti tra amministrazione e società, trovando realizzazione nell'autoamministrazione (*Selbstverwaltung*) dei corpi intermedi e nella

¹⁹ Sia consentito rinviare su ciò, per qualche ulteriore svolgimento, a P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, Torino 2016, cap. I

²⁰ Questo passaggio è approfondito da L. HEUSCHLING, *op. cit.*, 73 ss.

²¹ Cfr. K. HESSE, *Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes* (1962), in *Id.*, *Ausgewählte Schriften*, Heidelberg 1984, 94 ss.

freie Entfaltung delle forze sociali.²² La posizione di Thoma rifletteva un approccio critico al *Rechtsstaat* del *Reich* guglielmino, che nella coeva elaborazione dottrinale aveva trovato peraltro alcuni pilastri fondamentali: la responsabilità dei funzionari, la sottrazione dell'amministrazione ai giudici comuni (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*), ed infine la riserva di legge (*Vorbehalt des Gesetzes*), non espressiva, peraltro, di una concezione sostanziale della legalità, ma prigioniera di quella visione armonica del rapporto tra Esecutivo monarchico e maggioranza parlamentare, che rifletteva gli equilibri, o piuttosto le contraddizioni, del *Reich*.²³ Thoma coglieva lucidamente come queste contraddizioni si risolvessero nell'insufficienza della concezione meramente formale dello stato di diritto, la quale aveva trovato la sua prima sistemazione, in chiave filosofico-giuridica, intorno alla metà del XIX secolo, nell'opera di Stahl. Lo stato di diritto, benchè trovi il proprio fondamento ideale nei limiti fissati alla sua attività dalla sfera della libertà dei privati, non implica, secondo Stahl, un ordinamento complessivo degli scopi e dei poteri dell'amministrazione né una piena protezione dei diritti individuali, non definisce, in breve, finalità e contenuti dell'azione dello stato, ma soltanto i modi per realizzarli. Questa premessa, sviluppata poi da Bähr e da Otto Mayer, avrebbe comportato il riconoscimento di estesi poteri normativi dell'Esecutivo non soggetti alla legge. Ma soprattutto una accezione dello stato di diritto circoscritta alla forma dell'azione dei poteri pubblici non riusciva ad oscurare dietro il paravento della neutralizzazione formale l'obiettivo politico di preservare l'assetto dualistico della forma di governo e, come è stato acutamente osservato, la perimetrazione dello stato di diritto al profilo formale restringeva "la cerchia dei presupposti costituzionali"²⁴, facendo prevalere il legalismo (formale) sul costituzionalismo (materiale). All'alba del XX secolo, nel clima mutato delle riforme del *Reich* guglielmino, che avevano consentito l'ingresso dei partiti di massa nel *Reichstag* e l'avvio dello stato sociale, il liberale Thoma percepiva l'insufficienza della concezione formale dello stato di diritto, prevalsa nella prassi costituzionale ed amministrativa e nella dottrina maggioritaria, con posizioni condivise non solo dai fondatori dello *Staatsrecht*, ma dai loro più illustri contestatori (Gierke, Preuß), che identificarono il concetto "moderno" dello stato di

²² Si v. R. THOMA, *Rechtsstaatsidee und Verwaltungswissenschaft* (1910), in ID., *Rechtsstaat-Demokratie- Grundrechte*, a cura di H. DREIER, Tübingen 2008, 1 ss.

²³ Su questo passaggio della storia costituzionale tedesca sono fondamentali le opere di D. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen 1961; e di E. W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin 1958

²⁴ Così U. SCHEUNER, *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland* (1960), in ID., *Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften*, Berlin 1978, 185 ss.

diritto nella centralità del profilo formale, ritenuto del tutto coerente con l'idea dello "stato guardiano notturno/ *Nachtwächterstaat*" e funzionale rispetto al fine fondamentale di assecondare il libero dispiegarsi delle forze sociali. Distaccandosi da queste posizioni, Thoma riteneva che l' "idea individualistica dello stato di diritto" avesse esaurito la sua funzione storica, sopraffatta dalle "forze creatrici degli ideali sociali e nazionali". Tanto quell'idea nasceva dall'emancipazione del terzo stato attraverso la lotta per l'eguaglianza formale, tanto l'emancipazione del "quarto stato" richiedeva "aiuti statali ed eguaglianza materiale, e dunque giustizia sociale".²⁵

Con l'avvento della Costituzione di Weimar la robusta impalcatura del *Rechtsstaat* avrebbe dovuto fare i conti con un catalogo di diritti fondamentali con rango costituzionale, il quale avrebbe aperto la strada ad un rafforzamento delle garanzie dello stato di diritto. Dopo l'entrata in vigore della Legge fondamentale del 1949, la consapevolezza dell'intreccio tra *Rechtsstaat* e "costituzione politica" diverrà il filo conduttore del dibattito dottrinale, ed il vincolo dei poteri pubblici all'osservanza della costituzione (art. 19.4 *GG*) sarà ritenuto espressivo di una trasformazione profonda della legalità, che non consiste in un aggiornamento della concezione formale dello stato di diritto ereditata dal positivismo giuridico, ma nell'accoglimento di una visione della direzione dello stato "mirata" al perseguimento di obiettivi di giustizia materiale²⁶. Derivano di qui una concezione più ampia della legalità ed una concezione più penetrante della discrezionalità dei pubblici poteri, i cui ambiti rinviano alla *Wertordnung* che inquadra i contenuti della costituzione. Collocato nella cornice di orientamento delle norme costituzionali, il principio di legalità opera come argine alla "tirannia di un egualitarismo uniformante ed immoto", e lo stato di diritto rinviene finalmente negli *Staatszwecke* "presupposti costituzionali" che implicano il superamento della concezione formale di esso. Il principio del *Rechtsstaat* deve armonizzarsi pertanto con i "principi di struttura" richiamati dall' art. 20 *GG*, ed in particolare con quello dello stato sociale, in quanto esso non è più "espressione di un individualismo senza limiti". Questo non comporta un arretramento della legalità, ma al contrario potenzia l'elemento fondamentale dello stato di diritto, l'imposizione di limiti giuridici all'esercizio del potere, la quale si estende anche, nel mutato quadro costituzionale, ai compiti di riequilibrio (*Ausgleich*) svolti dallo stato. Una pretesa che va aldilà della mera legalità formale, in quanto si prefigge propriamente "la lotta contro l'arbitrio e il torto (*der Kampf*

²⁵ Così R. THOMA, *op. cit.*, 23 ss.

²⁶ Così U. SCHEUNER, *op. cit.* 204 ss.

gegen Willkür und Unrecht)”, che si annidano sempre nell’ “esercizio discriminatorio, non imparziale e senza limiti del potere politico”. Inteso in senso materiale, lo stato di diritto incorpora pertanto “la protezione della libertà personale e politica del cittadino”, la quale comprende anche una “conformazione equilibrata e giusta delle relazioni umane”, ed inoltre un criterio “di moderazione e di limitazione giuridica di ogni esercizio di pubblico potere”.²⁷ Secondo la ricchissima ricostruzione di Ulrich Scheuner, che ho sintetizzato, l’emersione di criteri di equilibrio, di compensazione, di moderazione ha sicuramente comportato non soltanto un legame molto stretto tra lo stato diritto ed il principio di proporzionalità, così come il principio di legalità è stato investito decisamente dalla evoluzione dei canoni dell’interpretazione imposta dai contenuti della costituzione. Nelle critiche alle ponderazioni Scheuner scorge pertanto con grande lucidità un ritorno al positivismo legalistico contrastante con la supremazia della costituzione sulla legge e con il concetto stesso dei diritti *fondamentali*. Questo non vuol dire che la legge non conservi un ruolo centrale nello stato di diritto, ma solo che essa non è più una “misura fissa”, ma uno strumento di giustizia sociale e di riequilibrio delle diseguaglianze, in piena coerenza con il nuovo ruolo dello stato di diritto, che non ha più dinanzi a sé soltanto “individui autonomi che tendono alla libertà”, ma i condizionamenti ed i fattori di dipendenza dell’uomo contemporaneo, tanto nei rapporti con i poteri pubblici quanto in quelli con potenti organizzazioni private. “La rassegnazione alla dipendenza sociale –conclude efficacemente Scheuner– non è più un elemento dello stato di diritto”.²⁸

L’itinerario della discussione sullo stato di diritto ci ha condotto pertanto dal tramonto dell’assolutismo illuminato agli equilibri delle democrazie pluralistiche. In queste il primato del diritto deve essere inteso non più come riferito al diritto in quanto tale, nella sua dimensione meramente autoritativa, ma piuttosto ai contenuti di esso. E’ in questi contenuti, ispirati da criteri di eguaglianza materiale (*gleicher Maß*) che trovano fondamento, trasformandosi, l’antica imparzialità e l’idea di un diritto neutrale, e nel concetto dello stato di diritto si ricongiungono, superando l’antica polarizzazione, *Maß* e *Form*.²⁹

²⁷ Cfr. ancora U. SCHEUNER, *op. cit.*, 216 ss.

²⁸ Si v. ancora U. SCHEUNER, *op. cit.*, 221.

²⁹ Cfr. K. HESSE, *op. cit.*, 96.

5. *Dallo stato di diritto allo stato costituzionale*

L'espressione "stato costituzionale" sintetizza l'insieme delle trasformazioni offerte dal costituzionalismo nelle democrazie pluralistiche, le quali hanno comportato la progressiva erosione degli schemi concettuali del giuspositivismo statualista. Con essa si indica, in un'accezione molto generale, il modello delle costituzioni delle democrazie pluralistiche, il quale ha avuto, da alcuni decenni a questa parte, una straordinaria capacità di propagazione su scala mondiale, anche per effetto di convenzioni internazionali, processi di integrazione sovranazionale e di recezione incrociata fra le costituzioni statali.³⁰ Si tratta peraltro di un modello che, pur facendo riferimento ad alcuni contenuti costituzionali essenziali (dignità dell'uomo e diritti della persona, partecipazione politica come processo pubblico comunicativo, divisione dei poteri orizzontale e verticale, stato di diritto, stato sociale, indipendenza dei giudici), presenta variabili significative, dipendenti dall'accentuato divario dei contesti storico-culturali e socioeconomici nei quali esso si impianta. E' anche affermazione corrente che con tale modello si sia affermata pienamente la supremazia della costituzione, soprattutto grazie allo sviluppo che in esso hanno trovato gli istituti del controllo di costituzionalità.

L'elaborazione della categoria dello stato costituzionale costituisce l'approdo di un travagliato e complesso itinerario culturale, iniziato durante gli anni della Repubblica di Weimar, che ha comportato un radicale mutamento di prospettiva (dallo *Staatsrecht* al *Verfassungsrecht*: dallo stato *alla* costituzione) nello studio degli assetti delle comunità politiche. Ciò vuol dire non soltanto che il modello indicato tende a trascendere l'organizzazione degli stati, ma soprattutto che, anche con riferimento all'esperienza di questi, la costituzione non si (im)pone più come l'espressione della sovranità dello stato e dei suoi limiti, e che in essa convivono e si coordinano nel pluralismo sfere distinte, quella privata, quella pubblica (riferita alle molteplici forme di organizzazione dell'opinione pubblica), ed infine, ma senza alcuna pretesa di esclusività, quella statale. Inoltre, il legame fra costituzione e pluralismo investe non soltanto i contenuti di quella (ad es., con il rilievo delle associazioni, dei partiti, delle organizzazioni degli interessi, di svariate manifestazioni dello spazio pubblico), ma le dinamiche costituzionali e le modalità attraverso le quali si afferma il valore della costituzione: il pluralismo si profila, in breve, come elemento qualificante

³⁰ Sono fondamentali i contributi offerti da P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, II ediz., Berlin 1998

dell'effettività della costituzione. Questa trasformazione ha investito anzitutto le dinamiche costituzionali, le quali hanno assunto un andamento spiccatamente processuale, che ha dato risalto alla comunicazione fra i molteplici soggetti che ad esse prendono parte, e che si manifesta tanto nella fase costituente (come dimostrano gran parte delle transizioni succedutesi negli ultimi tre decenni) che in quella dei mutamenti costituzionali che, infine, nella fase dell'adeguamento della costituzione in via interpretativa. L'adattamento delle dinamiche costituzionali ad un processo pubblico pluralistico ha reso meno netta la distinzione fra *foundations, transformations* e *interpretation* della costituzione³¹, e dimostra che è essenzialmente sul terreno della capacità di sorreggere una "concordanza pratica" della complessità sociale che si misura, come su un permanente evolutivo banco di prova, la supremazia della costituzione.³²

Il concetto dello "stato costituzionale" è dunque un indicatore di trasformazioni profonde del costituzionalismo e segna altresì anche il recupero della tensione etica che è componente essenziale del patrimonio culturale del costituzionalismo sei-settecentesco e che il liberalismo giuridico aveva poi finito per convogliare (e per disperdere) nella costruzione del positivismo legalistico. Gli itinerari del rapporto fra il diritto e la legalità costituiscono un altro capitolo fondamentale per orientarsi nelle esperienze costituzionali del XX secolo, sospese fra continuità e discontinuità con quelle del costituzionalismo. Il costituzionalismo sei-settecentesco muoveva da una teoria della giustizia e da contenuti etici forti, ai quali si riconducevano sia i profili materiali della costituzione (i diritti individuali) che i congegni organizzativi di essa (la divisione dei poteri). Con lo sviluppo del positivismo giuridico, che era strettamente connesso al disegno di unificazione politica perseguito dal liberalismo giuridico ottocentesco, si produsse un restringimento degli orizzonti del costituzionalismo sul terreno formale.³³ Lo scioglimento dei legami fra il diritto e i suoi contenuti etici, la liberazione del legislatore dal vincolo a diritti "fondamentali", il cui riconoscimento finì per assumere, pertanto, mero carattere programmatico, la centralità assunta dal principio di legalità dell'amministrazione ed una interpretazione a maglie larghe dell'istituto della riserva di legge e del suo ruolo di presidio dei diritti individuali, rappresentarono i pilastri di questo

³¹ Riprendo qui la nota elaborazione, ancora incompiuta, proposta da B.A. ACKERMAN, *We the People*, Cambridge/Mass.- London 1991-2014

³² Si v. K. HESSE, *L'unità della costituzione*, a cura di A. DI MARTINO e G. REPETTO, Napoli 2014, 85 ss.

³³ Su ciò resta fondamentale e pionieristico il saggio di N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1963, 985 ss.

processo di formalizzazione dell'eredità del costituzionalismo.³⁴ Allo stesso tempo questa evoluzione radicalizzava uno stato di tensione fra il diritto e la legalità, che le esperienze costituzionali del XX secolo si sarebbero indirizzate a sciogliere. Cominciò ad affermarsi l'indirizzo che il diritto non debba essere definito in base al metro della conformità ad uno schema legale associato a quello della sua vigenza positiva, ma anzitutto in base alla corrispondenza ad un quadro di valori materiali. E' noto quale ruolo abbiano giocato, nel determinare questo mutamento di prospettiva, le esperienze tragiche dei totalitarismi, dello sterminio e della guerra totale. Ma sarebbe parziale declinare questa vicenda solo come una riscoperta del diritto naturale. Essa è certo presente nel rifiuto del positivismo giuridico, che ha utilizzato, nella c.d. "formula di Radbruch", ad esempio, l'argomento del totalitarismo, per giungere ad affermare che tali esperienze hanno prodotto un diritto così radicalmente ingiusto che ad esso si deve in radice negare valore.³⁵ Più complessa sembra invece la valutazione dei contenuti delle costituzioni del pluralismo soprattutto in relazione ai diritti fondamentali. Tali contenuti hanno un legame profondo con l'apertura della costituzione alla società, cosicché il loro distacco dal fondamento giusnaturalistico si fonda sulla premessa che la costituzione struttura non solo lo stato, ma la società, e che è questa dimensione repubblicana della costituzione a fondarne una legittimazione indipendente dal diritto naturale. Questa legittimazione conferisce peraltro alla costituzione un carattere intrinsecamente dinamico, quella di un processo pubblico esposto alle sollecitazioni della società aperta, e questa configurazione dei principi costituzionali come *law in public action* si pone peraltro in contraddizione con la fissità del diritto naturale.³⁶

6. *Il superamento del legalismo nel costituzionalismo*

Seguendo questa linea di pensiero, la formula dello stato costituzionale è stata ritenuta espressiva di una linea di tensione tra costituzionalismo e legalismo, che le compatte costruzioni del liberalismo giuridico avevano oscurato ed invece gli assetti delle democrazie pluralistiche

³⁴ Si v. H. DREIER, *Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht* (1985), in ID., *Recht- Staat- Vernunft. Studien zur Rechtstheorie 2*, Frankfurt a.M. 1991, 73 ss.

³⁵ Si v. M. STOLLEIS, *Nahes Unrecht, fernes Recht. Zur juristischen Zeitgeschichte im 20. Jahrhundert*, Weimar 2014, 7 ss.

³⁶ Si v. su ciò la fondamentale elaborazione teorica di P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, III ediz., Berlin 1998, 93 ss.

avrebbero fatto emergere con forza. Mentre il costituzionalismo pone l'accento sul contenuto di valore delle costituzioni e potenzia il ruolo della giurisprudenza nel far valere tali contenuti anche *contro* l'azione del legislativo e dell'esecutivo, il legalismo resta ancorato all'idea della centralità del legislatore e riduce gli spazi di una giurisprudenza chiamata a dare voce ai contenuti materiali della costituzione. Aldilà dei riflessi sui rapporti fra poteri, si intravedono sullo sfondo due indirizzi differenti del pensiero giuridico, l'uno (il costituzionalismo) costruito su un'idea del diritto sostanziata di contenuti etici, l'altro (il legalismo) su una concezione positivista del diritto.³⁷ In breve, occorre sgombrare decisamente il campo da equivoci che hanno spesso accompagnato le interpretazioni storiografiche del costituzionalismo, e ribadire con forza che la tesi secondo la quale il giuspositivismo statualistico sarebbe stato l'unico approdo coerente dell'eredità del costituzionalismo è il frutto quanto meno di una visione unilaterale (se non di un fraintendimento). Essa trascura la forte tensione etica e valutativa racchiusa nell'ideologia del costituzionalismo, cui gli esiti del liberalismo giuridico ottocentesco (e le ragioni di fondo del disegno di forte unificazione politica che lo ispirò) avrebbero impresso una torsione giuspositivistica sempre più marcata, rinserrando la garanzia dei diritti entro l'orizzonte della legalità, di un diritto im-posto dalla volontà del legislatore.

Questo scenario di mutamento ha posto su basi profondamente differenti i canoni interpretativi ed argomentativi sui diritti. Dal momento che le costituzioni sono costrette a misurarsi con la complessità sociale e con il pluralismo, ciò ha reso impraticabile la strada dei congegni di neutralizzazione elaborati dal liberalismo giuridico e peraltro ineludibile il ripensamento della tensione fra il diritto e la legalità. Una tensione, come ho già accennato, sostanzialmente estranea alla storia del costituzionalismo. Faccio riferimento non soltanto alle origini medievali del costituzionalismo inglese (all'idea della soggezione del sovrano ad un diritto radicato nella coscienza sociale e inteso come concretizzazione storica dei principi del diritto naturale)³⁸, ma anche alle radici dell'idea dello stato di diritto nel giusnaturalismo razionalista, che non ne separavano l'essenza da una teoria della giustizia e da un impianto valutativo, ed anzi la connotavano di elementi sostanziali prima che procedurali.³⁹ Sono note le motivazioni

³⁷ Cfr. ancora R. DREIER, *Konstitutionalismus und Legalismus*, in *Festschrift für W. Maihofer*, Frankfurt a.M. 1988, 85 ss.

³⁸ Si v. B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, Bologna 2002

³⁹ Si v. le classiche opere di P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna (1961)*, nuova ediz.

storiche per le quali il liberalismo giuridico avrebbe finito per radicalizzare l'opposizione fra il diritto e la legge. Il punto è che il pluralismo ha scardinato sia un impianto di protezione dei diritti rimesso a congegni di neutralizzazione presidiati dalla legalità formale, sia una concezione del rapporto fra la costituzione e la legge costruita sul paradigma dello *Stufenbau* kelseniano, e di rigide gerarchie normative.

Questo passaggio è decisivo per comprendere storicamente le cause della trasformazione dei canoni argomentativi utilizzati dalle corti costituzionali per l'interpretazione dei diritti fondamentali. L'affermarsi di una giurisprudenza sui diritti fondamentali che fa ricorso a canoni di ragionevolezza (fondati sul bilanciamento degli *interessi* coinvolti) o sulla *ponderazione* (*Abwägung*) dei differenti contenuti di valore incorporati dai principi costituzionali, segna un radicale distacco dalle rassicuranti neutralizzazioni della legalità formale, dal paradigma dello stato di diritto di derivazione liberale e dagli strumenti di garanzia che esso apprestava ai diritti: diritti *pubblici soggettivi*, non a caso, secondo il filone ricostruttivo del tardo liberalismo giuridico culminato con Jellinek, e non (o non ancora) diritti *fondamentali*, cioè diritti connotati da una funzione costitutiva dell'ordinamento costituzionale complessivo. Le due vie dell'interpretazione dei diritti fondamentali, che ho appena ricordato, quella della *Güterabwägung* di derivazione tedesca e quella, di derivazione statunitense, del *balancing* fra gli interessi (e quella italiana, per così dire, intermedia del controllo sulla *ragionevolezza* delle leggi) sono differenti, perché radicate in contesti storico-culturali e in concezioni differenti della costituzione.⁴⁰ E' tuttavia comune ad esse la consapevolezza delle trasformazioni che il pluralismo ha prodotto nell'assetto e nell'interpretazione dei diritti fondamentali. Già nel 1905 la *dissenting opinion* del *justice* Holmes sul caso *Lochner* riconduceva al problema del pluralismo la controversia tra emergenza della questione sociale e interpretazione di stampo liberale della Costituzione statunitense. Holmes contestava la decisione della maggioranza della Corte suprema federale, che aveva giudicato incostituzionale una legge dello stato di New York la quale aveva introdotto limitazioni dell'orario di lavoro dei panettieri, asserendo il contrasto con la *contractual freedom* garantita dal XIV emendamento di una misura legislativa considerata come esercizio di un invadente potere di polizia, ispirato da un pregiudizio classista e lesivo dell'imperativo costituzionale della *equal protection of*

a cura di F. TESSITORE con due note di N. BOBBIO e G. CALOGERO, Napoli 2000; e di H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, Bologna 1998-2010

⁴⁰ Si v. P. RIDOLA, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Torino 2018, 110 ss.

the laws. Sullo sfondo della questione, il giudice dissenziente coglieva lucidamente le ricadute del conflitto sociale e dell'articolazione del tessuto pluralistico sull'interpretazione costituzionale. Holmes contestava la tesi che una costituzione abbia "lo scopo di incorporare una particolare teoria economica, sia essa il paternalismo e la relazione organica tra cittadino e stato oppure il *laissez faire*". Al contrario, "essa è destinata a gente dalle vedute sostanzialmente diverse e la circostanza puramente accidentale che alcune opinioni sono per noi naturali e familiari e altre inconsuete o persino urtanti non deve essere decisiva per la soluzione del problema se le leggi che le accolgono contrastino con la Costituzione degli Stati Uniti". Ed il *justice* Holmes segnalava con forza che la costruzione di un ordinamento *ragionevole* rappresenta la sfida più impegnativa dell'interpretazione costituzionale nelle democrazie pluralistiche: "un uomo *ragionevole*" ben potrebbe considerare la legge "un provvedimento opportuno" dal punto di vista sanitario", ed "uomini che certamente non potrei definire *irragionevoli* potrebbero giudicarla il valido avvio di una disciplina generale dell'orario di lavoro", e "non ritengo necessario discutere – egli concludeva – se essa meriti la censura di disparità di trattamento".⁴¹ Si coglie pertanto nella *dissenting opinion* un aspetto che va molto aldilà della consapevolezza della centralità della questione sociale e dei problemi del lavoro nel catalogo dei diritti, perché scava in profondità nell'interpretazione costituzionale, anticipando la dottrina, prevalsa poi nei decenni successivi, secondo la quale l'unica razionalità che è plausibile pretendere dalla costituzione non si fonda su astratti principi di ragione né, per converso, sui canoni argomentativi consueti alla mentalità del giuspositivismo, sui rigidi schemi della sussunzione e della dialettica regola/eccezione, ma su un approccio ad una lettura del testo costituzionale aperta alle risorse del temperamento ragionevole ed equo delle istanze, evidentemente conflittuali, delle società pluralistiche.

E' difficile negare (riprendo qui una suggestione di Luhmann) che, venuta meno l'antica pretesa (liberale) di ordine della sfera politica, a causa della complessità e differenziazione crescenti dei sistemi sociali, si siano prodotte inedite tensioni e ricchezza di alternative in tutte le sfere della società, ma anche, allo stesso tempo, sfide penetranti alla dogmatica dei diritti fondamentali, alla quale si impone di abbandonare le tranquillizzanti armonie del liberalismo giuridico ottocentesco per misurarsi con "nuove più complicate realtà".⁴² Né è casuale che gli schemi protettivi troppo rigidi della *Lochner era*, nei quali si combinavano testualismo e più antiche

⁴¹ Cfr. O.W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, a cura di C. Geraci, Milano 1975, 48 ss.

⁴² Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, IV ediz., Berlin 1999, 14 ss.

suggerzioni giusnaturalistiche, sarebbero entrati in crisi già nei decenni del XX secolo, per poi sfociare, negli anni trenta del XX secolo, nella svolta che avrebbe consentito alla Corte suprema di inaugurare uno scrutinio nel *judicial review* nel campo delle libertà economiche meno rigoroso di quello osservato per i diritti civili e politici. Una svolta che fu allora subita da una Corte suprema conservatrice nello scontro con le politiche presidenziali di *welfare* negli anni del *New Deal*, ma che fu anche costruita facendo ricorso ad una saggezza argomentativa nella quale il realismo avrebbe trovato un solido supporto culturale nel pragmatismo delle coeve scuole filosofiche statunitensi.⁴³

Nello svolgimento di questo itinerario giocano evidentemente un ruolo decisivo le grandi opzioni di principio contenute nelle costituzioni del pluralismo: esse sottendono una visione del diritto non riducibile né alla conformità ad uno schema legale (il giuspositivismo formalistico) né alla mera fattualità (il giuspositivismo che chiamerei sociologico), ma definita dal paradigma dell'adeguatezza/ corrispondenza ad un quadro di valori materiali. E dunque a scalzare la tesi che non vi sia alcun legame necessario fra diritto e morale, fra il diritto positivo e la giustizia non ha contribuito soltanto la volontà di fare argine, dopo la fine della seconda guerra mondiale, al totalitarismo come male estremo della politica, ma anche la necessità, imposta dal pluralismo, di caricare la costituzione di un inedito compito di unificazione politica, inedito perché operante sullo scenario di società caratterizzate dalla disomogeneità e attraversate dal conflitto.

(*) *Dedico questo scritto, con riconoscenza ed amicizia, a Guido Alpa, come omaggio ad un Maestro del diritto civile sempre attento all'influenza dei principi costituzionali sull'interpretazione, e ad uno studioso di larghissime aperture alla comparazione e alla storia del pensiero giuridico.*

⁴³ Si v. T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *The Yale Law Journal* 96 (1987), 443 ss.; e più di recente A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge 2012

